الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلـــس قضـــاء قسنطينـــة

محكمـــة شلغـــوم العيـــد

محاضـــرة بعنـــــوان:

التصرفات القانونية الواجبة الشهـــر

من إعداد السيد / عروج عبد اللطيف .

قاضـــي التحقيـــق

ألقيت بتاريخ : **25** / أكتوبـــر / **2011**

مقـــدمـــــة :

القيد يمكن تعريفه بأنه مجموع إجراءات وقواعد قانونية وتقنية هدفها إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة ، منشئة ، ناقلة ، معدلة أو منهية لحق عيني عقاري أصلي أو تبعي بغض النظر عن نوع التصرف عقدا كان أو حكما أو قرارا إداريا، وسواء كان مصدر الحق تصرف قانوني أو واقعة مادية ويمتد القيد في بعض الأحيان حتى لبعض الالتزامات الشخصية كالإيجارات الطويلة الأمد والمخالصات والحوالات، ويذهب المشرع لفرض القيد حتى في بعض الدعاوى والإجراءات التي تهدد المراكز القانونية لأصحاب الحقوق المشهرة والقيد هو إجراء ضروري لضمان تأمين المعاملات العقارية والقروض الممنوحة للتعامل في العقارات لإنشاء الحقوق أو الاحتجاج بها في مواجهة الغير وترتيب آثار بالنسبة لهم، والمشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني، والسؤال المطروح هو ما هي الآثار التي يرتبها القيد في التشريع الجزائري، وبمعنى آخر هل أن القيد له أثر منشئ للحقوق في مواجهة الكافة أم أن أثره يقتصر على عدم سريان آثار التصرف الغير مشهر في حق الغير .

ــ أهداف الشهر العقاري :

يهدف الشهر العقاري إلى تعريف الغير بحقوقه وتمكينه من المعلومات بخصوص السندات المشهرة وقد أخذ المشرع الجزائري به في الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل

العقاري، وفي المرسومين التطبيقيين المؤرخين في 1976/03/25 تحت رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 والمرسوم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام المعدل والمتمم. وبالتالي هو مجموعة قواعد وإجراءات نص عليها التشريع لضمان حق الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى حق الاستغلال، حق الانتفاع، الارتفاق المرهون والامتيازات العقارية، إن الإشهار العقاري وهو الذي له دور الحفاظ على كل الحقوق المتعلقة بالعقارات وإظهارها يفرض وجوده في الحياة الاجتماعية والاقتصادية كمؤسسة قانونية ضرورية لوجود وأمن السوق العقارية وتنمية لقرض العقاري .

ـــ سير ومجال تطبيق الإشهار العقاري :

يتمثل الإشهار العقاري في شهر العقود والوثائق الرسمية الناقلة والمصرحة والمؤسسة للحقوق العقارية لدى المحافظة المختصة إقليميا وتخضع على الخصوص وبموجب القانون إلى الإشهار لدى المحافظة العقارية العقود الموثقة والعقود الإدارية المحررة من طرف مصالح أملاك الدولة أو من طرف البلديات وكذا القرارات القضائية. إذا فالرسمية إلزامية في العقود موضوع الشهر وهذا ضمانا لقانونيتها .

ـــ ما هي العقود والأحكام الخاضعة للشهر :

منصوص عنها في عدة نصوص منها القانون المدني . قانون التوجيه العقاري .

الأمر 74/75 والذي يعددها في المادة 14

ـــ فالناقلة للحقوق العقارية مثل البيع، الشراء ، الهبة ، الاستفادات بقطع أرضية لاستصلاحها. مبادلة حصة في الشركة.

ـــ المصرحة للحقوق العقارية، التركات، القسمة ما بين الملاك في الشيوع، الاعتراف بالملكية عن طريق التقادم المكسب، العقود المعدلة، التخلي عن حق إنتفاع أو إرتفاق.

ـــ المؤسسة للحقوق العينية العقارية مثل الامتيازات، الرهون العقارية القانونية والرسمية، حقوق التخصيص والحبوس وحقوق الاستغلال والانتفاع، كما أن بعض الأحكام التشريعية والتنظيمية تخضع بعض العقود والوثائق لإجراء الشهر العقاري كشهادة الحيازة المؤسسة بموجب القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، رخصة التجزئة، شهادة المطابقة المنصوص عنها بالقانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، الإيجارات التي تتجاوز مدتها 12 سنة. الأمر بالحجز العقاري المنصوص عليه بأحكام المادة 725 وتعدد الدائنين المادة 727 من ق إ م و إدارية .

ـــ القيد كشرط لوجود التصرفات والحقوق :

لقد نصت المادة: 793 من القانون المدني بأن الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري، فيفهم من هذا النص أن القيد هو شرط لنقل الملكية في العقارات، والحقوق العينية الأخرى بصفة عامة وأكدت هذا المبدأ المادة 16 من الأمر 74/75 المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري والتي

تنص على أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، ويفهم من هذين النصين بأنه وبغض النظر عن نوع التصرف وعن صفة الشخص أو الجهة التي أصدرته وسواء كان كاشفا أو منشأ للحق فانه لا وجود له إلا بقيده بمصلحة الشهر العقاري وعليه وانطلاقا من هذين النصين والنصوص الأخرى سوف نقوم بتحديد أولا التصرفات الواجبة الشهر لنقل الملكية في الحقوق العينية ثم النظر للآثار المترتبة عن القيد، وعن عدم قيد هذه التصرفات .

ـــ التصرفات الواجبة الشهر للإعتراف بوجود الحق :

ما يمكن استخلاصه من قانون الشهر والمرسوم 63/76 المعدل المعدل والمتمم المؤسس للسجل العقاري هو أن التصرفات والعقود سواء كانت صادرة من جانب واحد كالهبة والوقف والوصية أو العقود المترتبة للألتزامات من جانبين كحق البيع في الملكية أو أحد العقود المتعلقة بالحقوق العينية المتفرعة عنه كحق الإنتفاع أو ملكية الرقبة وكذلك العقود المغيرة لحق عيني عقاري كالإستفادة من حق الانتفاع مثلا أو العقود المنهية لهذه الحقوق وكذلك العقود الكاشفة لحق عيني أو عقد الصلح إذا انصب على حقوق عينية وجب إشهارها لإنتقال الملكية فيها سواء بالنسبة للمتعاقدين أو في مواجهة الغير، وبغض النظر عن أن الحق كان موجودا من قبل إبرام العقد الكاشف له، وما دام نص المادة 16 من الأمر 74/75 جاء عاما فانه يفهم منه أنه يشمل أيضا الحقوق العينية، التبعية كالرهن والتخصيص والامتيازات الخاصة المتعلقة

بالعقارات ورغم أن هذه التصرفات لا تنقل الملكية إلا أنها تنشئ حقوق عينية لضمان أو خدمة حقوق أخرى وعليه وجب إشهارها بحكم المادة 16، وقد اشترط المشرع الشهر بغض النظر عن صفة المتصرف فألزم إشهار العقود والقرارات الإدارية المنصبة على نفس الحقوق لنقل الملكية وهو ما أكدته القوانين الخاصة كقانون نزع الملكية المادة 30 وقانون التنازل على أملاك الدولة المادة 26 وقانون الأملاك الوطنية المواد 29 . 30 . وقرا إنشاء المستثمرة الفلاحية المواد 12 . 13 من القانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08. وبعبارة أخرى كل القرارات الادارية المتعلقة بحق عيني عقاري وجب إشهارها بنقل الملكية فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير. فإذا كانت المادة 16 قد عممت القاعدة لنقل الملكية بصفة عامة فان المادة 17 منه أضافت أن الايجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها. فرغم أن حق الإيجار هو حق شخصي ولا يرتب سوى التزامات شخصية فان المشرع لم يعترف به حتى فيما بين المتعاقدين إذا ما تجاوز مدة معينة إلا من تاريخ إشهاره أي أنه جعل للشهر اثر منشئ في الايجارات الطويلة رغم أنها لا تنشئ حقوق عينية. أما القرارات والأحكام القضائية النهائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية المتعلقة بإنشاء حقوق عينية عقارية أو المعدلة أو المغيرة أو المزيلة أو المصرحة بهذه الحقوق فانه وجب إشهارها باعتبارها أما سندات ملكية بحكم القانون ، كحكم ثبوت الشفعة المادة 803 من ق م وحكم رسو المزاد المادة 762 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كذلك الاحكام المتعلقة بالقسمة أو الصلح

والحكم المصرح باكتساب الملكية بالتقادم....ألخ وقد نصت عليه المادة 14 من المرسوم التنفيذي 63/76 المطبق لقانون الشهر وقد ألزم المشرع في قانون الشرع الموثقين الموظفين وكذلك أمناء الضبط كل في حدود اختصاصه إشهار العقود والأحكام والقرارات الإدارية الموجبة للشهر ضمن الآجال المحددة بالمادة 90 من المرسوم 63/76 المعدل والمتمم .

ولإشهار التصرفات الواجبة الشهر اشترط المشرع الرسمية كركن لانعقاد العقد واحترام مبدأ الأثر الايضافي للشهر أي أنه لا يمكن إشهار حق ينصب على عقار ما لم يتم إشهار السند السابق للمتصرف عملا من أحكام المادة 88 من المرسوم 73/76 مستثنيا العقود المرفوعة المكتسبة بتاريخ ثابت قبل جانفي 1971 وهذا بنص المادة 89 منه .

ـــ ما هي الآثار المترتبة عن قيد التصرفات الواجبة الشهر :

ما يترتب عن القيد من أثر أن الحقوق المشار إليها أعلاه لا تنشئ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير إلا من تاريخ العقد فلا ينتج عن تصرفات سوى التزامات شخصية بين أطرافه . وعندما نقول بان القيد هو الذي ينقل الملكية فمعناه أن الحق لا ينتقل بأثر رجعي بما قبل القيد كالرجوع بأثر القيد إلى تاريخ العقد لأن العبرة بالقيد وليس بتاريخ الانعقاد .

ـــ القيد كشرط لترتيب الحق أو الإجراء المتمسك به كأثر في مواجهة الغير:

لقد نصت المادة 15 من الأمر 75/74 أن كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير الا من تاريخ إشهارهما في مجموعة

البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ويفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري الذي أخذ بنظام الشهر العيني لم يعترف بغير القيد للإدعاء بملكية في الحقوق العينية . فإذا تم إشهار هذه الحقوق فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ القيد ما عدا الحقوق الميراثية التي تنطلق الملكية فيها بوفاة وليس بالقيد. وعليه اشترط إشهار أي إجراء أو دعوى من شأنها تحديد المراكز القانونية لأصحاب الحقوق الواجبة الشهر أو تقييد التصرف فيها بتقييد الحقوق لمواجهة الغير .

ــ التصرفات القانونية والإجراءات الواجبة الشهر لتكون نافذة في حق الغير :

إن نظام الشهر العيني يجعل أصحاب الحقوق المشهرة وكل من يتعامل معهم على أساس القيد يكون في مأمن من أي تصرف يتم دون شهره ويغير في الحقوق ولقد نص القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية وكذلك قانون الشهر على ضرورة إشهار كل إجراء أو تصرف يتعلق بحق تم قيده ليكون نافذا في مواجهة الغير وفي هذا الإطار نصت المادة 801 من القانون المدني على أن التصريح بالرغبة في الشفعة لايحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا وهذا لإعلام الغير بأن العقار مشهور ويمكن إبطال أي بيع لغير الشفيع . كذلك بالنسبة لأمر الحجز العقاري فقد أوجب المشرع إشهاره لترتيب آثار تصرف وتقييد سلطة المالك أو الحاجز في استغلاله وتسير هذه الآثار من يوم القيد وهذا نصت عليه المادة 725 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص : يودع أمر الحجز على الفور أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى

أجل في مصلحة الشهر العقاري لقيد أمر الحجز. ويعد العقار أو الحق العيني محجوزا من تاريخ القيد. كما أن المادة 727 من نفس القانون تنص : إذا تقدم دائن آخر بيده سند تنفيذي حائز لقوة الشيء المقضي به بعد قيد أمر الحجز وجب على المحضر القضائي تسجيله من الدائنين الحاجزين واستصدار أمر على عريضة يتضمن قيده بالمحافظة العقارية مع بقية الدائنين ويصبح منذ تاريخ التأشير به طرفا في إجراءات التنفيذ. وما نصت عليه المادة 197 من القانون المدني فيما يخص المخالصات بالأجرة إذا كانت تزيد على ثلاث سنوات في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن. كما اشترط المرسوم 63/67 في المادة 85 ضرورة إشهار الدعاوي القضائية الرامية إلى النطق بالفسخ أو الإبطال و نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لتكون مقبولة وبينت المادة 86 . 87 من نفس المرسوم الآثار المترتبة عن عدم إشهار هذه الدعاوي بعدم سريان الحكم في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر وهو ما أكده قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفصل الثالث القسم الثالث في المادة 519 ترفع الدعوى أمام القسم العقاري وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعاوي الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها.

ـــ شهر الدعاوى القضائية وموقف القضاء منها :

إذا كانت التصرفات العقارية المنصبة على الحقوق العينية الأصلية تشهر بالتسجيل والحقوق العينية التبعية تشهر بالقيد فان الدعاوى القضائية التي

ترمي إلى الطعن في صحة التصرف الذي تضمنه المحرر المشهر بالمحافظة العقارية وهذا بالتأشير الهامشي لهاته الدعوى القضائية إذا ما هي الدعاوى القضائية الواجبة الشهر وموقف القضاء من ذلك . نصت المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلقة بتأسيس السجل العقاري بان دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو النقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها طبقا للمواد 04/14 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري فيتم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة تسلم من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه التأشير فيلاحظ بأن المشرع خص بعض أنواع الدعاوى العقارية وأوجب شهرها(عريضة افتتاحية) وذلك بالتأشير الهامشي في السجل العقاري موضوع المطالبة القضائية ويتم ذلك أمام القضاء بوسيلتين ـــ شهادة تسلم من المحافظ العقاري ـــ التأشير على العريضة الافتتاحية على قيام الإشهار .

ـــ موقف القضاء من شهر الدعوى العقارية :

انقسم القضاء الجزائري بشأن وجوب شهر الدعاوى العقارية إلى إتجاهين قبل التعديل الأخير الذي طرأ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. الاتجاه الأول يفيد بأن شهر الدعاوى في المحافظة العقارية لا يعد قيدا على رفع الدعاوى لأن المادة 85 تتعارض مع القواعد العامة المتعلقة برفع لدعاوي والتي تشترط الأهلية والصفة والمصلحة فقط في رفع الدعاوى وأن شهر الدعاوى إنما شرع لحماية رافعها كي يعلم الغير أن العقار محل النزاع أمام القضاء ولكنها ليست

مفروضة عليه وحسب هذا الاتجاه يجوز للمدعي أن يرفع دعوى يطالب فيها بإبطال أو فسخ عقد منصب على عقار دون حاجة إلى شهر الدعوى ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم شهر الدعوى أو إثارتها أمام المحكمة. الاتجاه الثاني يذهب إلى أن شهر الدعاوى العقارية يعد قيدا على رفع الدعوى وتحت طائلة عدم قبول الدعوى وهذا الاتجاه يتمسك بحرفية النص المنصوص في أحكام المادة 85 وكان هذا قبل إجراء التعديلات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي نص في المادة 519 على تبني الاتجاه الثاني، أما موقف المحكمة العليا فإنها في بادئ الأمر تبنت الاتجاه الثاني القائم بوجوب شهر الدعاوى العقارية الرامية إلى الطعن في صحة التصرفات التي تضمنها المحرر المشهر بالمحافظة العقارية وهذا ما يستشف من القرار رقم 108 /200 المؤرخ في 1994/03/16 غير أنها تراجعت عن هذا المبدأ باتجاهات أخرى من بينها القرار الصادر بتاريخ 2000/9/27 تحت رقم 196021 . والقرار الصادر بتاريخ 2008/03/12 تحت رقم 440769 .

ـــ الآثار القانونية المترتبة عن الشهر العقاري :

بالنظر لخاصية قوة الإثبات التي يميز بها القانون العقد المشهر لدى المحافظة العقارية فهذا الأخير لا يكون موضوع احتجاج إلا عن طريق القضاء وبالتالي فان الدعاوى القضائية التي من شأنها إلغاء أو إبطال أو تغيير أو تصحيح حقوق عينية عقارية لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا لدى المحافظة العقارية مكان إشهار العقود موضوع الاحتجاج وهو ما أكدته المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أن كل حق للملكية وكل حق

عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهاره بالمحافظة العقارية المواد : 950 . 904 . 947 من القانون المدنـــي .